wäre, nachdem er nur so eben beider Arten der Novation und besonders der Delegation gedacht und von der letztern sogar hauptsächlich gehandelt hätte, so daß nicht anders angenommen werden kann, als seine Lehre von dem nicht zu vermuthenden, sondern ausdrücklich zu offenbarenden animus novandi beziehe sich auf beide Arten der Novation.

Das Vorhandenseyn einer wirklichen Delegation oder Expromission, also einer wahren Novation, wird nicht zweifelhaft seyn, wenn ausdrücklich zu erkennen gegeben ist, daß der neue Schuldner sich an Stelle des alten verbindlich mache oder daß die vorige Verbindlichkeit aufhören solle oder wenn, wie gewöhnlich, dem vorigen Schuldner ein Liberationsschein vom Gläubiger ertheilt ist.

XX.

Von der Verantwortlichkeit des Vormundes in Ansehung ausstehender, zum Vermögen des Mündels gehörender, Forderungen.

Von

Dr. Gesterding, Professor der Rechte zu Greifswalde.

Wie häufig entstehen nicht Streitigkeiten zwischen den Mündeln und ihren vormaligen Vormündern über Gelder, die von den letztern verliehen worden und in Concursen verloren gegangen! Wie weit der Vormund in dieser Hinsicht, überhaupt in Ansehung ausstehender Forderungen des Mündels, verantwortlich sey, eine Untersuchung darüber möchte, wenn sie nicht gänzlich mißlingt, zu dem vernachlässigten Vormundschaftsrecht einen, wenn auch nur kleinen, doch nicht ganz unwillkommenen, Beitrag liefern.

Es darf kaum bemerkt werden, was sich schon von selbst versteht, daß ein Vormund nicht simpliciter verbunden seyn könne, den Mündel zu entschädigen, wenn ausstehende Forderungen desselben verloren gehen. Zwar drücken manche Gesetzstellen sich so aus, daß man glauben sollte, ausstehende Forderungen des Mündels ständen zur Gefahr des Vormundes [1]), aber dieser Ausdruck bedeutet hier keinesweges, daß ein Vormund für zufälligen Verlust verantwortlich sey; nein, er haftet nur für den Verlust, wenn er ihn verschuldet hat, wenn dieser dadurch entstanden, daß er die Pflichten vernachlässigte, die ihm, als Vormund, oblagen [2]).

Ein Vormund ist bekanntlich verbunden, das Vermögen seines Mündels zu verwalten, wie jeder gute Wirth das seinige verwaltet oder, was einerlei ist, verwalten muß [3]). Läßt er es hieran fehlen, so ist er in culpa und — diese kann hier auf doppelte Art sich äußern, nämlich

einmal dadurch, daß er diesem Schuldner traut, oder, m. a. W., eine ausstehende Forderung bei ihm entstehen läßt — *culpa in contrahendo nomine commissa* —

zweitens dadurch, daß er die ausstehende Forderung vom Schuldner entweder überall nicht, oder doch nicht zur rechten Zeit beizutreiben sich bemüht — *culpa in non exigendo commissa* [4]). Im ersten Fall schadet der Vormund durch Thätigkeit, im zweiten — durch Unthätigkeit.

---

1) Z. B. L. 39. D. de adm. et per. tut. L. 43. pr. D. eod. L. 18. C. eod.

2) L. 15. D. de adm. et per. tut. L. 57. D. eod. L. 2. C. arbitr. tut. Daß der Ausdruck; Periculum hier nicht zufälligen Verlust, sondern Verlust durch Culpa bezeichne, bemerken auch Hartmann Pistor. (quaest. 49. nr. 1. 2. 8.) und Leyser (sp. 333. med. 7).

3) L. 33. D. de adm. et per. tutor.

4) Beides unterscheidet wohl Hartmann Pistor. a. a. O.

Betrachten wir jeden dieser beiden Fälle besonders.

Also erstens der Vormund gibt z. B. Gelder des Pupillen andern zum Darlehn oder überhaupt, er contrahirt activ eine Forderung für seinen Mündel, wird durch seinen freien Willen Gläubiger dieses oder jenes Schuldners.

Nun, dabei wird er sich wie ein vorsichtiger Haushalter zu benehmen haben, in Anwendung des angeführten allgemeinen Grundsatzes auf dies besondre Verhältniß. Er wird also, ehe denn er traut, sehen, wem er traue. Besondre Vorsichtsmaßregeln schreiben die Gesetze ihm nicht vor, sondern sie begnügen sich, ihm im Allgemeinen zur Pflicht zu machen, nur einem sichern Schuldner — *debitor idoneus* — zu creditiren. Doch ist nicht gerade absolut nöthig, daß der Schuldner wirklich sicher sey; es ist schon genug, daß er allgemein für sicher gehalten ward [5]). Gewährt die Person des Schuldners keine Sicherheit, so kann diese vielleicht dadurch bewirkt werden, daß ein andrer die Verbindlichkeit desselben accessorisch übernimmt, also sich für ihn verbürgt; nur müßte dann freilich wiederum der Bürge, als Schuldner, ein fidejussor idoneus seyn.

Daß der Schuldner sicher gewesen oder allgemein dafür gehalten sey, nämlich zu der Zeit, als der Vormund mit ihm in dies Verhältniß trat, muß, wenn es bestritten wird, der Vormund beweisen [6]). Doch, scheint es, würde es schon genug seyn, wenn der Vormund im Allgemeinen bewiese, daß

---

5) *L. 50. D. de adm. et per. tut.* Si res pupillares incursu latronum pereant; vel argentarius, cui tutor pecuniam dedit, *cum fuisset celeberrimus*, solidum reddere non possit: nihil eo nomine tutor praestare cogitur. L. III. D. de cont. et dem. Leyser spec. 333. med. 8,

6) *L. 11. D. de probat.* Non est necesse pupillo probare, fidejussores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse: nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit, providere, ut pupillo caveretur. Hartmann Pistor. c. l. nr. 11. et 12. Leyser spec. 333. med. 8.

hinlängliche Gründe vorhanden gewesen, den Schuldner für sicher zu halten, und daß er es an der schuldigen Sorgfalt nicht habe ermangeln lassen. Denn, wie ich schon gesagt habe, der Vormund, und überhaupt jeder Verwalter eines fremden Vermögens, leistet seiner Pflicht ein Genüge, wenn er demjenigen traut, dem ein vorsichtiger und sorgsamer Haushalter trauen würde [7]).

Die Pflicht des Vormundes, über die Erhaltung des Vermögens seines Mündels zu wachen, äußert sich dann **zweitens** darin, daß er die ausstehenden, zu diesem Vermögen gehörenden, Forderungen von den Schuldnern zur rechten Zeit, nöthigenfalls durch Hülfe des Richters, einzuziehen und beizutreiben sich bemühen muß. Je länger er die Beitreibung versäumt, je mehr wächst seine Verschuldung [8]). Gehen die Forderungen verloren, weil er versäumte, sie zur rechten Zeit von den Schuldnern, die darüber insolvent geworden, beizutreiben, so ist er verbunden, den Schaden zu ersetzen [9]). Hier ist es also *culpa in non exigendo*, welche den Vormund zum Schadensersatz verpflichtet.

---

7) L. III. D. de cond. et demonstr.

8) Mev. P. 8. dec. 76.

9) *L. 15. D. de adm. et per. tut.* Si tutor constitutus, quos invenerit debitores, non convenerit, ac *per hoc* minus idonei efficiantur: ipse in debitam pecuniam, et in usuras ejus pecuniae, quam non foeneravit, convenitur. L. 57. D. eod. Chirographis debitorum incendio exustis, cum ex inventario tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam, aut novationem faciendam cogere, cum idem circa priores debitores propter eundem casum fecissent, id omisissent circa debitores pupillorum: an, si quid propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt, judicio tutelae consequentur? Respondit: si adprobatum fuerit, eos tutores hoc per dolum, vel culpam praetermisisse; praestari ab his hoc deberi.

Vor allen Dingen wird dabei vorausgesetzt, daß dem Vormunde rechtlich möglich gewesen, die Forderung beitreiben zu können, also, daß sie bereits fällig war oder daß es nur von ihm abhing, sie durch Kündigung fällig zu machen.

Daran ist es aber allein nicht genug, sondern, damit der Vormund verbunden sey, den Mündel wegen des Verlustes zu entschädigen, wird es, wenigstens bei Forderungen, die einer Kündigung bedurften, darauf ankommen, daß der Vormund Gründe hatte, den Schuldner für unsicher zu halten, und dann in allen Fällen, daß in der unterlassenen Beitreibung der Grund des Verlustes enthalten seyn.

Hatte der Vormund keine Gründe, den Schuldner für unsicher zu halten, so scheint es mir, könne ihm nichts zur Last gelegt werden, wenn er die Forderung vom Schuldner einzuziehen sich nicht bemüht. Selbst, wenn die Forderung schon fällig war, kann ihn, nach meinem Ermessen, die unterlassene Einforderung nicht unter allen Umständen in Schuld setzen, in sofern sie nämlich Zinsen trägt, da er ja doch verbunden seyn würde, das Geld wiederum auf Zinsen anzulegen [10]).

10. L. 15. D. de adm. et per. tut. In der Nov. 72. Cap. 6. ist zwar der Vormund der Nothwendigkeit, das Geld des Mündels auf Zinsen auszuleihen, überhoben und, wenn er es freiwillig thut, so ist es auf seine Gefahr. Der Satz hat aber bei den Gerichten keinen Eingang gefunden, man ist vielmehr der Vernunft und dem ältern Recht getreu geblieben. Dieselbe Novelle a. a. O. enthält bekanntlich auch Einiges über die Sicherheitsmaßregeln, die bei Verleihung der Gelder des Pupillen der Vormund zu nehmen hat, was aber, wie es mir scheint, mehr, aus dem Zusammenhange leicht erklärlicher, diesem nicht zu entreißender, Rath ist, als Vorschrift, weshalb ich auch im Text darauf keine Rücksicht genommen habe. Si vero ipse sponte mutuare voluerit, heißt es am Ende jenes Capitels der Novelle, sub obligatione forte pignorum, vel sub aliis quae putantur indubitatae, cautelis: tunc habeat quidem duorum mensium per singulos annos inducias: hoc, quod leges laxamentum vocant: sciat autem mutui periculum omnino ad se venturum.

Wenn der Vormund in diesem Fall positive Gründe hatte, den säumigen Schuldner für sicher oder die fällige Forderung für gut zu halten, so sehe ich nicht, weshalb er z. B. das dargeliehene Geld dem Schuldner nicht noch ferner überlassen könnte, da er es ihm ja, unter jener Voraussetzung, hätte leihen können. Es ist dieser Fall dann nach eben den Grundsätzen zu beurtheilen, als wenn er es ihm von Neuem geliehen hätte. —

Ein Verdacht der Unsicherheit entsteht, wenn der Schuldner lange Zeit keine Zinsen zahlt [11]). Zwar daraus folgt grade nicht nothwendig, daß der Schuldner unsicher sey; es kann dabei Nachlässigkeit, vorübergehende Verlegenheit zum Grunde liegen. Indessen ist hier auch nur die Rede von demjenigen, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wahrscheinlich und was wenigstens von der Art ist, daß es den Vormund zu weitern Nachforschungen veranlassen muß.

Dann weiter versteht es sich wohl von selbst, wie es nicht genug seyn könne, daß die unterlassene Beitreibung und der Verlust der Forderung auf einander gefolgt sind. Nein, das Erstere muß vielmehr den Grund des Letztern enthalten [12]). Es ist sehr wohl möglich, daß der Vormund in der Beitreibung der Forderung des Mündels nachlässig gewesen, ohne daß der Mündel deshalb berechtigt ist, von ihm Entschädigung für deren Verlust zu begehren. Es kann ja seyn, daß die Forderung auch bei der größten diligentia in exigendo verloren gegangen seyn würde, weil der Schuldner schon damals insolvent war, als der Vormund zur Beitreibung zuerst im Stande und veranlaßt war. Ist dies der Fall, so kann der Mündel vom Vormund eben so wenig Ersatz verlangen, als wenn der Letztere nachlässig gewesen, die Forderung aber gerettet worden. In beiden Fällen fällt dem Vormunde zwar Schuld zur Last, aber der Verlust der Forderung ist nicht die Folge seines pflichtwidrigen Benehmens.

---

11) Mev. P. 8. dec. 76. not. 10.

12) L. 15. D. de adm. et per. tutor. L. 57. D. eod.

Der Mündel ist es diesmal, welcher zu beweisen hat, wie der Verlust der Forderung aus der pflichtwidrig unterlassenen Beitreibung entstanden sey. Er muß also beweisen, daß der Vormund in culpa und der Verlust der Forderung die Folge davon gewesen. Dies nur kann sein auf Entschädigung gerichtetes Verlangen hinlänglich rechtfertigen. Zu jenem Beweise gehört es, erschöpft ihn aber nicht, daß der Schuldner zu der Zeit noch zahlungsfähig gewesen, als der Vormund, die Forderung von ihm beizutreiben, verbunden war, welcher Zeitpunkt möglicherweise der Anfang seiner Verwaltung seyn kann. Nicht grade, daß er alle seine Gläubiger zu befriedigen, sondern daß er diese Schuld zu tilgen, im Stande gewesen. Hartmann Pistor. drückt sich hierüber so aus: der Mündel müsse beweisen, daß der Schuldner annoch sicher (debitor idoneus) gewesen, auch daß die Forderung leicht (?) von ihm habe beigetrieben werden können — und daß die Beitreibung durch einen solchen Grad von Schuld, als wofür ein Vormund haftet, unterlassen sey [13]). Eben so fand Leyser, daß ein Vormund frei zu sprechen sey, welcher den Schuldner zu belangen unterlassen hatte, weil er vorhersahe, wie das Vermögen desselben zur Befriedigung seiner Gläubiger nicht hinlänglich seyn und die Klage keinen Erfolg haben werde [14]).

Nur bei Forderungen, die durch ihn und seinen Willen ursprünglich entstanden sind, kann der Vormund sich jener doppelten culpa — in contrahendo und dann in non exigendo — schuldig machen. Hatte aber der Vater des Mündels oder der Vorgänger des Vormundes, won dem nun grade die Rede ist, Geld verliehen oder war dieser Vater, dieser Vorgänger auf andere Art Gläubiger geworden, kurz existirt die Forderung schon zu der Zeit, da unser Vormund zur Verwaltung gelangt, dann freilich versteht es sich, für die Fehler und der Mangel des

13) Hartmann Pistor. Quaest. c. l. no. 4. et 5.

14) Leyser spec. 333. med. 10 S. auch Mev, P. 8. dec. 76. nota 3.

Mißtrauens der ebengenannten Personen ist er nicht verantwortlich; ihre culpa in contrahendo nomine kömmt nicht auf seine Rechnung [15]). Dagegen ist es culpa in non exigendo, deren er sich in Ansehung solcher Forderungen allein nur schuldig machen kann [16]). Bei Forderungen, die ursprünglich nicht von ihm herrühren, ist er auch nur für culpa lata (in non exigendo) verantwortlich [17]), während er bei Forderung, die durch ihn selbst und seinen Willen entstanden sind, für culpa levis haftet, sowohl, was die *culpa in contrahendo nomine* betrifft, als die *culpa in non exigendo*.

Endlich versteht es sich von selbst, daß, gleich wie ein Vormund für dasjenige nicht verarantwortlich ist, was vor Anfang seiner Verwaltung geschehen oder unterblieben ist, er auch für Verlust, der erst nach dem Ende derselben sich zuträgt, (insofern er nicht etwa den Grund dazu gelegt hat) nicht hafte. Er ist daher nicht verantwortlich, wenn erst nach dem Ende der Verwaltung der Schuldner unsicher wird, selbst dann nicht, wenn er auch aus Irrthum die Verwaltung fortgesetzt haben und der Schuldner während dieser über die gesetzliche Dauer der Vor-

---

15) *L. 35. D. de adm. et per. tut.* Tutor sive curator nominat quae juste putat non esse idonea, a priore tutore vel curatore suscipere quidem cogitur, non tamen exactionem periculo suo facere.

16) L. 15. D. de adm. et per. tut.

17) *L. 2. 6. arbitrium tutelae.* Nomina paternorum debitorum si idonea fuerint initio susceptae tutelae, et per latam culpam tutoris minus idonea tempore tutelae esse coeperunt, Judex, qui super ea re datus fuerit, dispiciet: et si palam dolo tutoris, vel manifesta negligentia cessatum est, tutelae judicio damnum, quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse, statuere curabit.

mundschaft fortgesetzten Verwaltung aufgehört haben sollte, idoneus zu seyn [18].

XXI.

Kann auch der socius unius rei nur in id, quod facere potest, verurtheilt werden?

Von

Dr. Eduard Gans, aus Berlin.

Schon zur Zeit der classischen Juristen galt in der römischen Praxis allgemein der Satz: „daß es gewissen besonders ausgezeichneten Personen, wenn sie belangt würden, gestattet seyn solle, sich das Nöthigste zu ihrem Lebensunterhalte abzuziehen, d. h. nur so viel zu bezahlen, als füglich, ohne selbst in Verlegenheit zu gerathen, geschehen konnte (quantum facere potuerunt), oder, wie es die Neueren unrömisch und unschicklich zugleich nennen, sie hatten das beneficium competentiae. Geht man die Anzahl der dazu berechtigten durch, so sieht man bald, daß eine milde Praxis den ganzen Rechtssatz auf die beiden Grundverhältnisse der Liebe und Achtung erbaute. Allen, die nur irgend darauf Anspruch machen können, Pa-

18) *L. 39. pr. D. de adm. et per. tut.* Tutores, qui post finem tutelae per errorem officii durantes rerum, administrationem retinuerunt: nominum paternorum periculum, quae post pubertatem adolescntis idonea fuerunt, praestare cogendi non erunt, cum actionem inferre non potuerunt. *L. 43. pr. D. eod.* Cum post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum, tutor periculo eximitur.